

1 Inleiding: vermogensrecht en rechtson eenheid in verscheidenheid

H.J. Snijders[■]

1 INTRODUCTIE

Wordt de eenheid van en rond ons vermogensrecht aangetast en gebeurt dit met name onder invloed van het transnationale recht in het bijzonder het supranationale recht van de Europese Unie? Degenereert ons Burgerlijk Wetboek althans het daarin besloten stelsel van vermogensrecht zodanig dat er niet veel meer dan een alfabetisch register uit te destilleren valt (het beeld dat Peter Birks ons onder meer bij zijn Leidse inaugurele rede voorhield ten aanzien van de *common law*)?¹ Zo ja, pleit dit dan voor indamming van die invloed van het transnationale recht?

De lezer zij gerust. De auteurs van deze bundel laten zich niet bijzetten in het museum van pogingen tot ommekeer van onafwendbare verschijnselen. Het verzet van de boeren tegen de trein, die de melkopbrengst van hun koeien in gevaar zou brengen, heeft niets uitgehaald. De koeien geven intussen meer melk dan ooit tevoren en zijn daarom op rantsoen gesteld. Het verzet van de gemeente Warmond tegen de Schiphollijn haalde ook al niets uit; men had beter het aanbod van een eigen station kunnen aanvaarden. Zo beschouwd is de vraag niet of transnationaal recht wordt ingepast in ons nationale recht, maar hoe dit met het oog op de gewenste rechtseenheid het beste kan geschieden.

De vraag naar de inpassing van het transnationale recht wordt in deze algemene inleiding en ook elders in de bundel in een breder perspectief geplaatst. Wat is dat nu precies, rechtseenheid, en welke verschijnselen van rechtson eenheid – de lezer vergeve de auteur dit niet zo mooie maar wel duidelijke woord – zijn er zoal in en rond het vermogensrecht? Als grote maar niet enige ‘boosdoener’ komt in deze bundel – inderdaad – het supranationale recht van de Europese Unie in beeld en dan met name het geheel van richtlijnen, zoals die in ons Burgerlijk Wetboek worden geïmplementeerd, maar in welke zin tast die de rechtseenheid dan precies aan en hoe aan dat bezwaar tegemoet te komen?

■ H.J. Snijders is hoogleraar burgerlijk recht, Universiteit Leiden. Met dank aan (inmiddels) oud-student-assistent Jelle Drok voor zijn onmisbare steun bij de voorbereiding van deze bijdrage.

1 Zie naderhand Peter Birks (ed.), *English Private Law*, Oxford: Oxford University Press 2000, p. xlvii.

Opvallend is dat de respectieve auteurs, overeenkomstig hetgeen andere schrijvers tot dusverre deden, expliciet of impliciet heel verschillende facetten en soorten van de notie rechtseenheid en de beschadiging daarvan in beeld brengen. Rechtseenheid blijkt een nog pluriformer concept te zijn dan al eerder met name door Bloembergen werd vastgesteld.² De beschadiging van de rechtseenheid blijkt dan ook heel divers van aard te zijn. Dat kan weer gevolgen hebben voor de wijze van aanpak van het probleem.

In deze bijdrage zal de notie rechtseenheid daarom systematisch ontleed worden in een aantal facetten en soorten. Het gaat hier om facetten en soorten die op zichzelf al lang bekend zijn, maar die niet steeds voldoende onderkend worden en die er bovendien om vragen ten opzichte van elkaar geïmponeerd te worden. Ook het belang, de beschadiging en de bevordering van de rechtseenheid in al haar verscheidenheid komen in beeld. Uiteraard zal ook aandacht besteed worden aan de rechtseenheid versturende invloed van het transnationale recht en de aanpak daarvan, maar deze zal, indachtig heer Bommel, wel geplaatst worden in een wat groter denkraam met betrekking tot de rechtseenheid.

2 FACETTEN EN SOORTEN VAN RECHTSEENHEID

Het element 'eenheid' in het begrip rechtseenheid kent verschillende facetten. Eenheid vertolkt zich niet slechts in identiteit maar ook in coherentie.³ Het eerste vraagt erom dat gelijke gevallen rechtens gelijk beoordeeld worden, het tweede vraagt om afstemming van recht. Of men recht voor gevaltype A ook toepast op gevaltype B is een vraag die zich laat beantwoorden aan de hand van een eenvoudig ogend maar minder eenvoudig te hanteren criterium: differentiatie vraagt om legitimatie.⁴ Die leidraad geldt ook en met name in en rond het vermogensrecht.

Zo kan men nog steeds als uitgangspunt voor vermogensrechtelijke 'on-line'-transacties hanteren dat 'what holds off line, holds on line', hoeveel redenen er ook mogen zijn voor veelvuldige differentiatie.⁵ Zo kan men ook nog steeds als uitgangspunt nemen dat voor overeenkomsten tussen ondernemingen en (andere) rechtspersonen enerzijds en consumenten anderzijds (kortweg wel aangeduid als 'B(usiness) to C(onsumer)'-transacties) in beginsel hetzelfde vermogensrecht geldt als tussen ondernemingen en rechtspersonen

2 Zie m.n. A.R. Bloembergen, 'De eenheid van privaatrecht en administratief recht', *WPNR* 5372-5375 (1977).

3 Bloembergen, a.w., p. 3-4, 17-18 en 36.

4 Vgl. bijv. W.H. van Boom, 'Algemene en bijzondere regelingen in het vermogensrecht', *RMTh* 2003, p. 297 e.v., i.h.b. p. 299 en daar aangehaalde bronnen.

5 Vgl. bijv. Henk Snijders en Stephen Weatherill in hun 'General introduction' van *E-commerce Law, National and Transnational Perspectives*, The Hague, London, New York: Kluwer Law International 2003, p. 1 e.v.

onderling ('B2B') of tussen consumenten ('C2C') onderling. Van Boom⁶ bepleit separaat consumenten- en ondernemingsvermogensrecht, maar daargelaten dat hij niet zo maar met een tweedeling kan volstaan – het gaat strikt genomen om vier soorten recht, B2B, B2C, C2C en C2B – en nog afgezien van de vraag of aan kleine ondernemingen en aan niet-commerciële rechtspersonen niet een speciale status dient toe te komen, dient het dan toch nog steeds zo te zijn dat afwijkend consumentenvermogensrecht om een rechtvaardiging vraagt.

Ook het element 'recht' in het begrip 'rechtseenheid' kent meerdere facetten. Er valt te onderscheiden tussen eenheid van rechtsbegrippen, van rechtsnormen en van rechtsbeginselen.⁷ Als vierde component laat zich hier nog de eenheid van rechtssystematiek aan toevoegen, die zich op verschillende niveaus aandient en niet geheel gedekt wordt door de eenheid van rechtsbegrippen, -normen en -beginselen. De keuze voor implementatie van een EU-richtlijn in ons BW dan wel in de vorm van een afzonderlijke wet bijvoorbeeld, dient consistent te geschieden. De keuze om in bijzondere regelingen algemene toepasselijke regels te herhalen dan wel bekend te veronderstellen althans ernaar te verwijzen, vraagt evenzeer om consistentie.⁸ De keuze voor geheel, driekwart- of semi-dwingend recht zal ook consistent dienen te geschieden.⁹ Als de wetgever een nieuwe regeling onderbrengt in ons BW, zal hij dat ook op een systematisch consistente plaats dienen te doen. Steeds zal de vlag (boek, titel, afdeling etc.) de lading moeten kunnen dekken. Dikwijls wordt deze problematiek benaderd vanuit de positie van de rechter, die voorgehouden wordt de wet mede systematisch te interpreteren. Zie bijvoorbeeld Paul Scholten,¹⁰ Vranken¹¹ en ook de door Vranken nogal stiefmoederlijk bedeelde Dworkin, die het recht presenteert als 'a coherent set of principles about justice and fairness', waarover Nieuwenhuis in deze bundel. Van de wetgever dient echter eveneens een systematische benadering verwacht te worden, waarbij hij het nieuwe recht op systematisch verantwoorde wijze inpast in het bestaande recht, waarover bijvoorbeeld Hijma bij de beoordeling van het consumentenkooprecht en Van Esch bij de beoordeling van het recht inzake elektronische handel. Zie bijvoorbeeld andermaal Bloembergen.¹² Hierbij heeft de doctrine

6 Van Boom, a.w., m.n. p. 302 en 305-306.

7 Bloembergen, a.w. p. 1, 4-5.

8 Vgl. Van Boom, a.w., p. 301 in relatie tot boek 8 BW, dat anders dan de overige BW-boeken volstaat met herhalingen.

9 H.J. Snijders, 'Maten van dwingend recht', in: *Contractvrijheid* o.r.v. T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker, Deventer: Kluwer 1999, p. 153 e.v. Voortbouwend op eerder onderzoek komt de schrijver van deze bijdrage op menig verwijzing naar eigen werk. Dat is geen nieuw verschijnsel. Zie bijv. Bloembergen, a.w., p. 1, noot 4.

10 Asser/Scholten, 'Algemeen deel', derde druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p. 44 e.v.

11 Asser/Vranken, eerste druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, nr. 118 e.v.

12 A.w., p. 3 e.v. onder verwijzing naar allerlei eerder literatuur waaronder werk van Coing en zelfs Joseph Esser 'aan wie men – evenmin als aan Coing – een overmaat aan eerbied voor het systeem kan toedichten'.

bepaald een belangrijke taak. Naar het zich laat aanzien, onderschat de doctrine het belang van deze taak en bemoeit zij zich er meestal niet of veel te laat mee.

Met deze indeling van de rechtseenheidsproblematiek in acht (4 x 2) facetten zijn wij er nog niet. Nadere analyse van de notie rechtseenheid duidt erop dat wij dienen te onderscheiden naar gelang de soort van rechtseenheid. Diverse soorten van rechtseenheid dienen zich aan en worden ook geïllustreerd in deze bundel: rechtseenheid naar bron, naar tijd, naar land en plaats, naar onderwerp (rechtsgebied) en naar personen.

De verschillende facetten van de rechtseenheid zullen hieronder niet steeds uitdrukkelijk genoemd worden, maar alleen daar waar dat echt functioneel voorkomt. De verschillende soorten van rechtseenheid zullen niet in extenso behandeld worden maar alleen voorzover dat nodig is om die soorten onderling qua aard en belang te positioneren en vervolgens meer zicht te krijgen op de respectieve wijzen van beschadiging en de aanpak daarvan.

3 RECHTSEENHEID NAAR BRON

Tegenstrijdigheid van ‘rechtsbronnen’ is vermoedelijk een probleem dat zich in toenemende mate voordoet. Wij worden geconfronteerd met steeds maar toenemende kwantiteit van de wetgeving (hier te beschouwen inclusief verdragen, EU-richtlijnen en soortgelijk transnationaal recht) en rechtsvormende rechtspraak. Van de deregulering is niet veel terecht gekomen, integendeel. De samenleving is zich bovendien steeds meer gaan ‘juridiseren’ waardoor het beroep op de rechter, ook ten aanzien van principiële vragen, toenam. Het lijkt alsof de toename van de kwantiteit gepaard is gegaan met een afname van de kwaliteit van de wetgeving en rechtsvormende rechtspraak. Wij kunnen met ons allen het rechtsvormende werk en de verwerking daarvan nog nauwelijks aan. Vermeerdering van kwantiteit en vermindering van kwaliteit worden nog eens in de hand gewerkt door de transnationalisering van ons recht. Dit alles bevordert het ontstaan van conflicten tussen rechtsbronnen. Met name valt hier te denken aan conflicten tussen wetgeving en rechtspraak, tussen hogere en lagere wetgeving en tussen hogere en lagere rechtspraak.

Men zou hier het gevaar voor rechtsoneenheid kunnen wegedeneren door te stellen dat rechtsbronnen slechts kenbronnen van recht zijn en dat het recht bepaald en gevormd wordt door afstemming van die kenbronnen. Zo bezien is rechtsoneenheid inderdaad onmogelijk. Deze bijdrage leent zich niet voor een verhandeling over dit vraagstuk van rechtsvinding.¹³ Hier kan volstaan

13 Zie nader bijv. R.J. Kottenhagen, *Van precedent tot precedent* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1988, H.J. Snijders, *Retrocipatie* (inaug. rede Leiden), Arnhem: Gouda Quint, Deventer: Kluwer en Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995 en H.U. Jessurun d'Oliveira, *Doen wat er gezegd is: precedenten en richtlijnen*, H.U. Jessurun d'Oliveira, rede NVvR, Geschriften NVvR 1999, nr. 59, p. 135 e.v.

worden met de observatie dat oneenheid van kenbronnen van recht zoals wetgeving en rechtspraak, de eenheid van het recht beschadigt in die zin dat eerder onduidelijkheid bestaat over de vraag wat rechtens is. De actores – met name rechters – zullen daar dan ook verschillend over denken en oordelen. Dat gebrek aan coherentie zal zich vooral voordoen op het niveau van de rechtsnormen. De rechter zal nu eens X kunnen beslissen en dan weer Y. De kenbron rechtspraak wordt hierdoor minder eenduidig zowel op zichzelf beschouwd als in samenhang met de vraag naar de status van de rechtspraak ten opzichte van de wetgeving. Zo geschiedde bijvoorbeeld voorafgaande aan het Sogelease-arrest van de Hoge Raad¹⁴ ten aanzien van de toetsing van de sale-and-lease-back-constructie aan het fiduciaverbod van art. 3:84 lid 4 BW en recent in het kader van de aandelenleaseproblematiek ten aanzien van de vraag of er sprake was van koop of afbetaling in de zin van art. 1:88 lid 1 sub d BW. De rechtszekerheid, de kenbaarheid en de hanteerbaarheid van het recht komen hier in gevaar. Ook de rechtsgelijkheid in de betekenis van de gelijkheid van rechten in subjectieve zin wordt hierdoor verstoord.

Volstaan wordt met een korte aanduiding van de meest voor de hand liggende technieken om de rechtseenheid hier te bevorderen: gemotiveerde ‘overruling’ door de wetgever van het eerdere rechterlijk precedent, behoedzame correctie door de rechter van het eerdere wettelijk precedent en meer in het algemeen behoedzame rechtsvorming door de rechter, uitleg van wetgeving conform hogere wetgeving (zoals verdragsconforme en richtlijnconforme uitleg) of rechtspraak¹⁵ en vernietiging of juist het in stand laten van lagere rechtspraak door de hogere rechter. Ook een techniek als die van de rechterlijke samenwerking in de vorm van collectieve rechtersregelingen zoals die met betrekking tot buitengerechtelijke kosten, alimentatie en schuldsanering, kan de rechtseenheid bevorderen.¹⁶

Loth schreef onlangs ook over dit type rechtseenheid.¹⁷ In de voordelen hiervan ziet hij tegelijkertijd de beperkingen. *Ius in causa positum*, recht in het licht van de feitelijke omstandigheden van het geval, resulteert in meer

14 HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119 m.nt. WMK.

15 Vgl. bijv. de inpassing van HvJ-EG 27 juni 2000, NJ 2000, 730, CMLR 2001, p. 719 (het Océano-arrest) in ons eigen nationaal burgerlijk recht, waarover o.m. *Rechtshandeling en overeenkomst* (Jac. Hijma), Deventer: Kluwer 2004, nr. 256a, Jac. Hijma, ‘Een bedenktijd voor de koper’ en H.J. Snijders, ‘Remedies tegen algemene voorwaarden’, in: *Coherente instrumenten in het contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 97 e.v. resp. 13 e.v. benevens M.B.M. Loos, ‘Oneerlijke bedingen en wettelijke vervaltermijnen: ruime uitleg van Océano bevestigd’, NTER 2003, p. 71 e.v.

16 Vgl. bijv. *De mogelijkheden en grenzen van rechterlijke samenwerking*, Prinsengrachtreeks 1997/4, Amsterdam: Het Gerechtshof 1997 o.r.v. P. Ingelse e.a.; *Rechterlijke samenwerking*, Deventer: Gouda Quint 2001 o.r.v. C.P.M. Cleiren en G.K. Schoep, en K. Teuben, *Rechtersregelingen in het burgerlijk (proces)recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005.

17 AA 2005, p. 676 e.v.

rechtvaardigheid en billijkheid. Velen gingen hem voor zoals J.C.M. Leijten.¹⁸ Puur *ius in causa positum* is echter geen recht. Het getuigt van – wat in deze dagen heet – een tunnelvisie. Wee degene die slechts acht slaat op de details van een concrete zaak en geheel gestuurd door zijn billijkheidsgevoel maar met oogkleppen op voor hetgeen zich boven de oppervlakte afspeelt. Eenmaal boven gekomen en geconfronteerd met alle mogelijke vergelijkbare gevallen en oplossingen daarvoor, blijkt hij onrecht gedaan te hebben. Het rechterlijk oordeel vergt een zekere generaliseerbaarheid, zoals Loth zelf ook schrijft, en in dat generale ligt de rechtsregel besloten. Deze dient te passen in het geheel van rechtsnormen.

Overigens gaat het bij dit type rechtseenheid als gezegd ook en met name om tegenstrijdige kenbronnen van recht, waaronder tegenstrijdige rechterlijke uitspraken en de receptuur daartegen en daar heeft het betoog van Loth geen betrekking op.

4 RECHTSEENHEID NAAR TIJD

Reeds het fenomeen overgangsrecht duidt erop dat wij de rechtseenheid naar tijd niet dadelijk als een waardevol goed plegen te beschouwen. Asynchrone verschillen in rechtsbegrippen, rechtsnormen en rechtsbeginselen en in het rechtssysteem lijken wij in het algemeen moeiteloos te aanvaarden. Naar gelang het rechtvaardigheidsgehalte van recht groter is of aan de bijbehorende infrastructuur hogere eisen worden gesteld, ervaren wij meer behoefte aan eenheid naar tijd en lijken wij die ook wel meer waar te maken. Moord en doodslag staan in ons land al vele eeuwen lang hoog op de lijst van in beginsel verboden handelingen. Wij plegen ook niet de ene eeuw links te rijden en de andere rechts. Belastingtarieven en –aftrekposten bieden daarentegen minder perspectief op een schier eeuwig leven.

Problematisch kan rechtseenheid naar tijd worden als veranderingen in heel grote getale en hoog tempo worden doorgevoerd. Wie in het onderwijsrecht of het sociaalzekerheidsrecht nog werkelijk weg weet, dient met de grootst mogelijke zorg omgeven te worden. Het gaat hier om een ras, dat van nature uitsterft, want dagelijks zijn er weer nieuwe ontwikkelingen die om perceptie en verwerking in de bestaande kennis vragen en ook nog om handhaving van die bestaande kennis met het oog op allerlei overgangsrechtelijke problemen. Bovendien zal men steeds op het wettelijk en rechterlijk¹⁹ overgangsrecht zelf bedacht dienen te zijn en dat wil wel eens fout gaan. Naar

18 *We need stories* (afscheidsrede Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991. Zie eerder zijn bijdrage 'De droom der gerechtigheid' in: *Eenheid van recht. Studiedag J.M. Polak*, Deventer: Kluwer 1988.

19 Vgl. bijv. O.A. Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2001.

gelang de wijziging van het recht langer achter ons ligt, komt het meer voor dat de rechter het overgangsrecht uit het oog verliest en, met voorbijgaan daaraan, het nieuwe recht toepast²⁰). Zelfs de wetgever mist wel eens de boot met name door bij een wetswijziging een buiten werking te stellen uitvoeringsbesluit over het hoofd te zien.²¹ Al met al laat zich stellen dat rechtszekerheid, kenbaarheid en hanteerbaarheid van recht ook bij dit type rechtseenheidsvraag op de tocht komen te staan als wij geconfronteerd worden met een continue stroom van wijzigingen. Hierdoor ontstaat wederom de kans op rechtsongelijkheid in de betekenis van oneenheid van rechten in subjectieve zin.

Problematisch kan rechtson eenheid naar tijd ook worden als het recht in korte tijd slingerbewegingen doormaakt. Huijgen geeft in deze bundel voorbeelden van tegengestelde elkaar snel opvolgende ontwikkelingen in het huwelijksvermogens- en erfrecht resp. het vennootschapsrecht in samenhang met het contractenrecht.

De recepten ter voorkoming van dit soort rechtseenheidsproblemen liggen zo zeer voor de hand dat ik deze niet noem. Iets anders is of zij wel voldoende beproefd worden.

5 RECHTSEENHEID NAAR LAND EN PLAATS

Dat de rechtsbegrippen, rechtsnormen en rechtsbeginselen en de rechtssystematiek verschillen van natie tot natie, lijkt ons steeds meer zorgen te geven, getuige de inmiddels talrijke wetgeving (wederom te beschouwen inclusief transnationale regelgeving) en vele projecten tot harmonisatie en zelfs eenmaking van recht, ook op het terrein van het vermogensrecht en in de richting van het vermogensrecht. Zie voor de laatste bijvoorbeeld de bijdragen van Janssen, Lindenberg en De Vos in deze bundel, die laten zien hoe fundamentele, supranationaal gefundeerde grondrechten het nationale vermogensrecht beïnvloeden, een verschijnsel dat wel aangeduid wordt als de constitutionalisering van het vermogensrecht.²²

De harmonisatie- en uniformeringsmotoren zijn bekend. In de eerste plaats denken wij hier natuurlijk aan de officiële supranationale instituten van de Europese Unie, Raad van Europa en de Verenigde Naties, die recht vormen op wetgevings- en rechtspraakniveau. Ik noem ook nog de Benelux, waarover de bijdrage van Van der Kooij, al wordt die zo langzamerhand verdrongen. Daarnaast komen gremia in beeld die ‘softere’ harmonisatieproducten voort-

20 Een dergelijk voorbeeld van miskennen van het overgangsrecht vormt HR 27 maart 1992, NJ 1993, 97 m.nt. HJS inzake Nusselder/Nederlandse Liquidatiekas.

21 Zo bleek enige jaren geleden bij een analyse van de Algemene Databank Wetgeving.

22 Vgl. eerder bijv. Basil Markesinis, ‘Comparative Law – A Subject in Search of an Audience’, *The Modern Law Review* 1990 (53), p. 10 e.v., J.H. Nieuwenhuis, ‘De Constitutie van het burgerlijk recht’, *RMTh* 2000, p. 203 e.v. en J.M. Smits e.a., *Constitutionalisering van het vermogensrecht*, Preadvies NVvR, Deventer: Kluwer 2003.

brengen zoals Model Laws (ook van de VN overigens en wel van UNCITRAL) en Principles zoals die van Unidroit en de Commissie Lando. Te denken valt tevens aan nog minder verstrekkende harmonisatiewerken die neerkomen op case studies naar harmonisatiemogelijkheden zoals aan de orde bij 'the Common Core of European Private Law Project' (CCEPL).²³ Ook 'the Common Frame of References', die voor het privaatrecht ontwikkeld wordt onder de vlag van de Europese Commissie, verdient hier uiteraard vermelding.²⁴ Hoe bekend dit alles ook moge zijn, het duidt er wel op dat men de Europese Unie onrecht doet als men haar eenzijdig in verband brengt met de verstoring van de rechtseenheid. De rechtseenheid naar plaats wordt wel degelijk ook door de Europese Unie bevorderd, zij het dat die intrinsiek rechtseenheid verstorend uitpakt door de verbrokkelde aanpak, waarover ook Bezemer in deze bundel en verder nr. 6-7 hieronder.

Binnen ons land verschilt het recht tot op zekere hoogte ook van plaats tot plaats in die zin dat er forse verschillen zijn in expliciet of impliciet gehanteerde rechtsnormen tussen de gerechten onderling. Dit 'regionaal recht'²⁵ ontwikkelt zich grotendeels binnen de ruimte van wet, verdrag en hogere rechtspraak, maar soms ook daarbuiten. Dit type rechtsoneenheid vertoont overlap met de rechtsoneenheid naar bron en de receptuur voor de bestrijding hiervan sluit dan ook aan bij een deel van de eerder voor de rechtsoneenheid naar bron in kaart gebrachte receptuur. Een enkel nader woord over de taak van de Hoge Raad in dit verband mag hier niet ontbreken, ook al zal die taak voor vele lezers geen terra incognita zijn.

Het is met name de Hoge Raad, die binnen ons land als cassatierechter de rechtseenheid naar plaats heeft te bewaken, dit zelfs op grond van een uitdrukkelijke wettelijke opdracht (art. 81 RO). De Hoge Raad ervaart bij de uitoefening van die taak echter wel forse handicaps. De belangrijkste handicap vormt art. 79 RO, dat cassatie slechts mogelijk maakt wegens schending van het recht of verzuim van vormen waarbij het met name gaat om motiveringsgebreken. De controle in cassatie is dus beperkt. Nu zou men kunnen menen dat de Hoge Raad de rechtseenheid toch voldoende kan waarborgen omdat hij met het recht strijdige uitspraken kan casseren, maar dat is niet het geval. Met name bij de toepassing en invulling van vage normen en kwantiteiten zoals smartengeld en alimentatie, blijft er veel ruimte voor rechtsoneenheid

23 Een recent voorbeeld van deze CEPL-studies vindt men in Eva-Maria Kieninger (ed.), *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2004.

24 Waarover bijv. M.W. Hesselink, 'Naar een coherenter Europees contractenrecht?', *NJB* 2003, p. 2086 e.v.

25 Met name het verschijnsel van fors uiteenlopend regionaal procesrecht sprong de afgelopen decennia in het oog, waarover bijv. W.D.H. Asser in zijn conclusie voor HR 10 september 1993, *NJ* 1994, 507 m.nt. HJS; Snijders, Ynzonides en Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2002, nr. 26 en Teuben, a.w., p. 87 e.v.

bij de lagere rechter over.²⁶ Die rechtseenheid ziet dan niet op expliciet verschillende opvattingen over objectief recht van de lagere rechters maar wel op impliciet verschillende opvattingen daarover, die weer leiden tot rechtsongelijkheid in de zin van verschillende subjectieve rechten. Bovendien zijn er nog andere handicaps, die de bewaking van de eenheid van het recht in objectieve zin wel moeilijk maken. Ik noem er enkele. In een deel van de zaken is cassatieberoep in het geheel niet toegelaten, zoals bijvoorbeeld in art. 7:685 BW-zaken. Slechts een fractie van de cassabele uitspraken van de hoogste feitelijke rechter wordt aan de Hoge Raad voorgelegd. Het onderzoek van de Hoge Raad speelt zich af binnen de grenzen van de cassatiemiddelen en de feitelijke grondslag daarvoor mag alleen worden gezocht in de bestreden uitspraak en de overige stukken van het geding, aldus, kort gezegd, art. 419 Rv.

Rechtseenheid naar plaats is evenals eerder gesignaleerde soorten van rechtseenheid schadelijk uit het oogpunt van kenbaarheid en hanteerbaarheid van recht en geeft aldus ook rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid. Wel laat zich vaststellen dat die gezichtspunten zich op internationaal niveau minder navrant doen voelen dan op nationaal niveau. Tenslotte is Nederland nog een zelfstandige natie en heeft het ook een eigen geschreven nationaal recht.

Op internationaal niveau zal de ingeslagen weg tot het bereiken van meer rechtseenheid vervolgd dienen te worden en dat gebeurt ook. Zoals de bijdragen van Janssen, Bezemer, Polak en Bomhoff, Zippro, Van Esch, Sütő en Van Gorkom Meeuwsen in deze bundel illustreren, levert de inpassing van transnationaal recht nogal wat problemen op. Voorzover het gaat om uitleg zal deze omwille van de rechtseenheid autonoom dienen te geschieden. Dat gebeurt dan ook wel op het niveau van de supranationale colleges, maar tussen de (hoogste) nationale colleges onderling zijn er nogal wat verschillen, niet in de laatste plaats vermoedelijk omdat buitenlandse rechtspraak in het algemeen veel minder goed toegankelijk is dan Nederlandse. Supranationale colleges als het Europese Hof van Justitie en het Europese Hof voor de rechten van de Mens lossen dit probleem niet helemaal op. Ook al leveren zij door figuren als prejudiciële beslissingen resp. klachtprocedures met sanctiemogelijkheden een belangrijke bijdrage aan de waarborging van de rechtseenheid, zij zijn geen beroepsrechters (nog daargelaten dat zelfs een beroepsrechter, zoals reeds besproken, bij het uitoefenen van de rechtseenheidsfunctie handicaps kan ontmoeten).

Op nationaal niveau blijft hier een essentiële taak weggelegd voor de Hoge Raad. De Hoge Raad bevordert de rechtseenheid tegenwoordig al meer dan vroeger, met name door strengere motiveringseisen te stellen aan zogenaamde 'gemengde' beslissingen (beslissingen die niet als zuivere rechtsbeslissingen vallen aan te merken maar ook niet als zuiver feitelijke beslissingen), waarbij het vooral gaat om invulling en toepassing van vage normen in het licht van

26 Zie nader Teuben, a.w., p. 64.

de feitelijke omstandigheden van betrokken geval. De Commissie Asser²⁷ bepleit dat de Hoge Raad nog beter en meer gestructureerd inzet (ook) ‘op rechtsontwikkeling en rechtseenheid’, hetgeen hij binnen bepaalde randvoorwaarden – zoals met name het handhaven van de rechtsbeschermingsfunctie en het blijven dienen van de procespartijen die de cassatieprocedure voeren – wellicht inderdaad zou kunnen doen, al leent dit artikel zich niet voor uitwerking van deze gedachte.²⁸ Verder noem ik andermaal het verschijnsel van de rechterlijke samenwerking dat door collectieve rechtersregelingen op landelijk niveau veel rechtsoneenheid kan wegnemen.

6 RECHTSEENHEID NAAR ONDERWERP (RECHTSGEBIED)

Het is de rechtseenheid naar onderwerp (rechtsgebied) die de centrale aandacht kreeg in de klassieke studie van Bloembergen waarmee deze bijdrage aanving.²⁹ Wij hebben inmiddels al gezien dat de rechtseenheid ook in vele andere opzichten de aandacht vraagt. Intussen blijft de rechtseenheid naar rechtsgebied natuurlijk eveneens van groot gewicht. Met name bij oneenheid van begrippen en van systeem komen de rechtszekerheid, de kenbaarheid en de hanteerbaarheid van het recht weer in gevaar.³⁰ Ongelegitimeerde differentiatie van rechtsnormen en –beginselen kan tevens leiden tot ongerechtvaardigde ongelijkheid van rechten in subjectieve zin.

Vastgesteld moet worden dat de rechtseenheid naar land op gespannen voet staat met die naar onderwerp, althans in de praktijk. Theoretisch kan men zich voorstellen dat pogingen tot harmonisatie van recht tegelijkertijd intern en extern rechtsvergelijkend georiënteerd zijn. De praktijk leert dat men dit te hoog gegrepen acht, zodat een keuze wordt gemaakt. Het duidelijkst komt dit verschijnsel misschien tot uitdrukking in het burgerlijk procesrecht. Sommigen hebben zich beijverd voor de harmonisatie van het burgerlijk procesrecht ten opzichte van het bestuursprocesrecht.³¹ Anderen hebben zich juist meer beijverd voor harmonisatie van het burgerlijk procesrecht van land

27 W.D.H. Asser, H.A. Groen en J.B.M. Vranken, *Een nieuwe balans: Interim-rapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag 2003, p. 212.

28 Waaroever nader H.J. Snijders, *NJB* 2003, p. 1706 onder aanhaling van andere bronnen.

29 Zie eerder bijv. J.M. Polak, *De eenheid van het recht. Enkele beschouwingen over specialisatie in de rechtswetenschap*, Inaugurale rede Wageningen, Zwolle: Tjeenk Willink 1958 en later bijv. C.J. van Zeben e.a. (waaronder Bloembergen), *Eenheid van recht. Studiedag J.M. Polak*, Deventer: Kluwer 1988.

30 Zie ook Bloembergen t.a.p., p. 18 e.v. en 49 e.v.

31 Zie bijv. J.B.M. Vranken en A.F.M. Brenninkmeijer, ‘Harmonisatie van burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht’, in: ‘De overheid in het privaatrecht’, *WPNR* 1992 (6074), p. 1003 e.v.

tot land.³² Een serieuze combinatie van beide invalshoeken in een en hetzelfde project treft men op de keper beschouwd niet aan.

Zo lang wij hechten aan nationale rechtssystemen, zal dunkt mij de rechts-eenheid tussen de rechtsgebieden prioriteit genieten boven die van land tot land. De betekenis van schotten tussen rechtsgebieden binnen ons land is betrekkelijk. De enkele omstandigheid dat een bepaalde vraag zich laat duiden als een vraag van privaatrecht, bestuursrecht of strafrecht, legitimeert geenszins een onderscheid in die zin dat naar gelang het rechtsgebied van die vraag termen met verschillende betekenissen zouden kunnen worden gebruikt en de normen en beginselen zonder meer zouden verschillen. Hetzelfde geldt voor het onderscheid tussen materieel en formeel (burgerlijk) recht. Differentiatie vraagt om legitimatie, ook hier.³³ Voor dit type rechtseenheid geldt eveneens dat beschadiging ervan de rechtszekerheid, de kenbaarheid en de hanteerbaarheid van het recht in gevaar brengen.

Toch is er nog steeds grote rechtsoneenheid tussen de respectieve rechtsgebieden. Dat geldt met name voor verschillen in begrippen. Binnen het nationale recht valt bijvoorbeeld te denken aan in het oog springende begrippen als overmacht, dienstbetrekking of arbeidsovereenkomst, onrechtmatige daad, schenking, beschikking, openbare orde en verkeersopvatting. Op rechtsnormniveau valt nationaal bijvoorbeeld te denken aan de verschillen voor ontvankelijkheid van collectiviteitsacties tussen de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State en de Hoge Raad, die ongewenste gevolgen lijken te hebben in die zin dat de Hoge Raad als 'restrechter' veel meer ruimte biedt aan collectiviteitsacties dan de genoemde bestuursrechter.³⁴

Versillen in rechtswormen en ook in rechtsbeginselen tussen rechtsgebieden laten zich veelal wel legitimeren, maar verschillen in rechtsbegrippen niet. Ook daar waar normen en beginselen verschillen, blijft het van belang om eenheid van begrippen – gelijkheid of althans coherentie – na te streven. Het is ook niet voor niets dat Bloembergen zich in zijn genoemde klassieke studie juist concentreert op de behoefte aan eenheid van begrippen. Hoe ligt dat nu ten aanzien van verschillen in rechtssystematiek?

De rechtsoneenheid door verschillen in rechtssystematiek van de onderscheiden rechtsgebieden is reeds vanuit theoretisch perspectief soms te verkiezen. Men denke aan het legaliteitsbeginsel in het straf- en belastingrecht, dat

32 Zie m.n. M. Storme (ed.), *Procedural Laws in Europe. Towards harmonisation*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 2003.

33 Zie voor de verhouding tussen privaatrecht en bestuursrecht bijv. de genoemde studie van Bloembergen en de eveneens al genoemde bundel 'Eenheid van recht'. De verhouding tussen burgerlijk procesrecht en het gemene burgerlijk recht heb ik in dit opzicht uitgewerkt in 'Op de grens van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht', afscheidsrede Rotterdam, Arnhem: Gouda Quint, Deventer: Kluwer en Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

34 Vgl. HR 3 september 2004, *RvdW* 2004, 102. In mijn een dezer maanden te publiceren NJ-noot hoop ik te demonstreren dat zich hier een opmerkelijke anomalie voordoet, die vraagt om ingrijpen door de wetgever.

in het burgerlijk recht niet te handhaven valt. Vanuit praktisch perspectief is rechtsoneenheid qua rechtssystematiek in dit opzicht soms zelfs onvermijdelijk. De codificatiegedachte staat in het relatief jonge bestuursrecht nog in de kinderschoenen en men mag daar dan ook niet de codificatie-eisen aan stellen, die ons huidig BW kent, hoe zeer de Algemene wet bestuursrecht ook in de richting gaat van hetgeen ons BW aan systematische kenmerken heeft. Op een iets lager systematisch niveau doen zich die theoretische en praktische bezwaren niet of minder voelen. Toch ziet men ook op dat lagere niveau zoals dat van de onderwerpen binnen het vermogensrecht, rechtsoneenheid door verschillen in rechtssystematiek, die niet aanvaardbaar althans niet wenselijk voorkomt.

Huijgen noemt in zijn bijdrage bijvoorbeeld de figuur van de economische eigendom, die niet in boek 3 of boek 5 BW maar in art. 7:808 BW, namelijk als onderdeel van de nieuwe regeling voor de personenvennootschappen, geregeld zou worden, als het aan de regering ligt. Zie nader hierover Huijgen in deze bundel.

Een ander voorbeeld van dit type rechtseenheid vormt de regelgeving met betrekking tot elektronische rechtshandelingen, die deels in boek 3 BW is ondergebracht en deels in boek 6 BW. Waarom met name is de elektronische handtekening geregeld in boek 3 in de afdeling 'Elektronisch vermogensrechtelijke rechtsverkeer' (afdeling 3.1.1, art. 3:15a e.v. BW), de principiële vormvrijheid voor alle mogelijke rechtshandelingen in titel 2 van hetzelfde boek (art. 3:37 lid 1 BW) en de mogelijkheid van elektronische totstandkoming van een overeenkomst in het geval de wet de eis van een geschrift stelt, in boek 6 (art. 6:227a BW)? Waarom zouden wij voor eenzijdige rechtshandelingen zoals een opzegging strengere vormeisen stellen dan voor overeenkomsten? Waarom de opzegging van een overeenkomst niet elektronisch toe te laten maar het sluiten van de (op te zeggen) overeenkomst zelf wel? Waarom dan – zojuist ging het ook om een verschil in rechtsnormen, nu nog slechts om een verschil in systeem – de regeling niet onder te brengen in afdeling 3.1.1 over elektronisch vermogensrechtelijk rechtsverkeer in het algemeen of althans in titel 3.2 over rechtshandelingen? De Minister van justitie geeft op deze vragen een antwoord in de Eerste Kamer ter gelegenheid van de behandeling van het wetsvoorstel tot implementatie van de Richtlijn elektronische handel³⁵ (want daar gaat het inderdaad om):³⁶

'Uitgangspunt is op grond van de Aanwijzingen voor de regelgeving (nr. 337) dat een wetsvoorstel ter implementatie van een richtlijn alleen regels bevat die noodzakelijk zijn om de richtlijn uit te voeren. Hierdoor wordt voorkomen dat vertraging optreedt door bepalingen die niet tot het uitvoeren van de richtlijn behoren. De onderhavige richtlijn regelt slechts de juridische gelijkstelling van de elektronische

35 Richtlijn 2000/31 d.d. 8 juni 2000, *PbEG* L 178/1.

36 *Kamerstukken I* 2003/04, 28 197, C, MvA I, p. 6.

vorm met een geschrift op het niveau van de (verbintenisscheppende) overeenkomst (in art. 9; HJS). Vandaar dat bij de implementatie nog niet alle rechtshandelingen die verband houden met elektronische gesloten overeenkomsten mee zijn genomen. Het gevolg daarvan is dat voor andere rechtshandelingen dan (verbintenisscheppende) overeenkomsten vooralsnog aan de hand van de bestaande bepalingen zal moeten worden gezien of en onder welke voorwaarden de desbetreffende rechtshandeling ook langs elektronische weg rechtsgeldig kan worden verricht. Het enkele feit dat in de wet het woord «schriftelijk» of een daarvan afgeleid woord is gebruikt, behoeft daaraan overigens niet steeds in de weg te staan. Zoals eerder aangekondigd is het de bedoeling om het privaatrecht op termijn zoveel mogelijk geschikt te doen zijn voor het elektronisch rechtsverkeer. Daartoe zal worden overgegaan wanneer met de in dit voorstel opgenomen bepalingen, alsmede met recentelijk totstandgekomen wetgeving op dit terrein enige ervaring is opgedaan, zodat die ervaringen bij het ontwikkelen van eventuele verdere wetgeving kunnen worden meegenomen.'

Het antwoord is duidelijk, maar is het ook overtuigend, nog daargelaten dat aanwijzingen voor de regelgeving niet het eeuwige leven hoeven te hebben? Waarom zou de minister niet eerder een wetsvoorstel hebben kunnen indienen ter voorziening in elektronische rechtshandelingen, zodat de vertraging waarvan de minister spreekt, zich niet voordoet? Is het wel zo waarschijnlijk dat een uitbreiding van het wetsvoorstel tot in beginsel alle rechtshandelingen van boek 3 BW vertraging zou hebben opgeleverd? Het omgekeerde risico – vertraging door beperking tot het EU-rechtelijk gezien hoogst noodzakelijke – kan ook vragen oproepen en heeft ook vragen opgeroepen vanuit het parlement zoals bovenstaand citaat illustreert. Hoe intussen rechtens te legitimeren, dat er vooralsnog en misschien wel tot in lengte van jaren een schisma bestaat tussen overeenkomsten en andere rechtshandelingen?

Dit voorbeeld vormt een eerste illustratie van de stelling dat EU-richtlijnen bepaald niet steeds een positief effect hebben op de rechtseenheid naar onderwerp. De geciteerde aanwijzing voor de regelgeving heeft – zo kan men stellen – zelfs een structureel negatief effect op de rechtseenheid naar onderwerp nu deze er in voorziet dat slechts voor het in de richtlijn genoemde onderwerp een nationale regeling wordt aanvaard en daarbuiten niet, dit ongeacht de vraag hoe een en ander zich verhoudt tot de bestaande nationale systematiek (die er hier op neerkomt dat men regels die zich lenen voor toepassing op rechtshandelingen in het algemeen opneemt in titel 3.2 BW en regels die slechts geschikt zijn voor (verbintenisscheppende) overeenkomsten in titel 6.5 BW).

Het volgende voorbeeld illustreert echter dat de minister de betrokken aanwijzing niet steeds als richtinggevend ervaart. Tegelijkertijd illustreert het helaas toch wel een forse beschadiging van de rechtseenheid naar onderwerp. Ik doel hier op het oorspronkelijke wetsvoorstel en ook het thans voorliggende wetsvoorstel tot implementatie van de Richtlijn betreffende financiële zeker-

heidsovereenkomsten.³⁷ Over dit wetsvoorstel is al veel en kritisch gesproken en geschreven.³⁸ Een bepaald belangrijk deel van het debat is gewijd aan de problematiek van de inpassing in het Nederlands BW. Dit is niet verbazingwekkend. Opmerkelijk zijn wel de gedane keuzen. Het lijkt goed hier wat langer bij stil te staan.

Bij deze analyse staat uiteraard voorop dat de Nederlandse wetgever verplicht is tot implementatie van een richtlijn, dit ook voorzover nationaal recht hiervoor zou moeten wijken. Voorop kan ook staan respect voor de keuze van de wetgever om EU-regelgeving zo veel mogelijk in en niet naast het BW te implementeren. Respect past tevens voor de grondige aanpak van de kritiek door de Eerste Kamer en de Regering.³⁹ Toch blijft het de vraag – en daar beperk ik mij verder toe – of het oorspronkelijk wetsvoorstel en met name ook het uiteindelijke wetsvoorstel, dat in essentie slechts qua toepasselijke personen afwijkt van het oorspronkelijke wetsvoorstel, dat een veel ruimere actieradius kende dan de EG-richtlijn eist, waarover meer in nr. 7, wel beantwoordt aan de meest elementaire eisen van rechtseenheid naar rechtsgebied. Ik licht er enkele punten uit zonder overigens de illusie te hebben dat de wetgever hier op korte termijn wat mee doet: de Handelingen I ten aan zien van het oorspronkelijk wetsvoorstel waren nauwelijks gedrukt of de minister diende al weer een nieuw wetsvoorstel in, dat als gezegd in essentie alleen de actieradius van de regeling beperkt en dit wetsvoorstel lijkt thans met bekwame spoed door het parlement geloodst te worden. Het gaat thans slechts om principiële en illustratieve beschouwingen over de problematiek van de rechtseenheid naar onderwerp. Daarbij gaat het niet om een visie van een van die 'hoogleraren die, verblind door de schoonheid van het BW, menen dat hier weinig in ingepast kan worden' en zich beijveren voor 'juridische monumentenzorg'.⁴⁰ Het gaat niet om de schoonheid maar om het belang van ons BW, een codificatie die er mag zijn en die het verdient zo veel als mogelijk is – niet

37 WV 28 874, *Kamerstukken II* 2002/03, nr. 2, *Kamerstukken I* 2003/04, A, ter uitvoering van Richtlijn 2002/47/EG, zoals verworpen door de Eerste Kamer op 8 maart 2005 (Hand. EK 18-782) resp. WV 30 138, *Kamerstukken II* 2004/05, nr. 2, dat ten tijde van de kopijdatum voor deze bijdrage al weer de schriftelijke behandeling van de Tweede Kamer achter de rug heeft.

38 Enige recente (overwegend kritische) literatuur: T.R.M.P. Keijser, *NTBR* 2003, p. 432 e.v. en *WPNR* 2004 (6592), p. 761 e.v. benevens R. Westrik, *WPNR* 2004 (6592) p. 771 e.v. met een reactie op beide genoemde *WPNR*-artikelen van J.H.M. van Erp, *WPNR* 2004 (6601), p. 967 e.v. en een naschrift van R. Westrik, t.a.p., p. 971-972, gevolgd door een reactie op de genoemde bijdrage van Van Erp door J. Meulman in *WPNR* 2005 (6615), p. 248 e.v. met een naschrift van Van Erp in *WPNR* 2005 (6615), p. 252 e.v.; J.H.M. van Erp, *NTBR* 2004, p. 533 e.v., i.h.b. p. 540 e.v.; L.F.A. Steffens, *Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht* 2005, p. 56 e.v.; H.J. Snijders, *NTBR* 2005, p. 91 (een redactioneel dat hier grotendeels is geïmplementeerd); L.J. Silverentand, *Bb* 2005, p. 78 e.v.; L.P.W. van Vliet, *NTBR* 2005, p. 190 e.v.; F.M.J. Verstijlen, *Ondernemingsrecht* 2005, p. 68 e.v. Zie ook het verslag van de VvBR-vergadering over dit onderwerp van C.W.M. Lieverse en L.F. Wiggers-Rust, *NTBR* 2005/2.

39 Nader VV I, Nadere MvA I en EV I, *Kamerstukken I* 2004/05, 28 874, D-F.

40 Hand. EK 2004/05, 28 874, 17-768.

meer en niet minder – gerespecteerd te worden, wil zij nog functioneel kunnen zijn.

De wetsvoorstellen voorzien in een ‘overdracht’ van geld door girale overschrijving (art. 7:51). De term ‘overdracht’ past hiervoor echter niet in ons BW, nu het hierbij gaat om een overgang van een goed (vgl. art. 3:1, 80, 83-84 BW) en giraal geld is dat niet. Voor het rechtsgebied van de financiële zekerheidsovereenkomsten wordt aldus een term gebruikt, waarvan de betekenis niet spoort met die van de term bij andere rechtsgebieden en bij het algemeen vermogensrecht.

Verder wordt gesproken van de ‘financiële zekerheidsovereenkomst tot overdracht’ die strekt tot overdracht ‘als waarborg voor een verplichting’ (art. 7:51 sub b). Toch zou een dergelijke overdracht ‘geen overdracht tot zekerheid (...) in de zin van artikel 84 lid 3 van Boek 3’ zijn, aldus bepaalt het voorgestelde art. 7:55 BW. Deze kwalificatie is met Sogelease in het achterhoofd wel dikwijls maar niet altijd te rechtvaardigen; de wetgever gaat hier op de stoel zitten van de rechter, die bij uitstek geschikt is om feiten juridisch te kwalificeren. Bovendien, en daar gaat het nu om, wordt aldus het begrip overdracht tot zekerheid in twee verschillende betekenissen gebruikt, waardoor de rechts-eenheid naar rechtsgebied andermaal wordt aangetast: de betekenis voor het rechtsgebied van de financiële zekerheidsovereenkomsten wordt nu een andere dan die voor andere rechtsgebieden en die van het algemeen vermogensrecht.

Het meest belastend voor de rechtseenheid naar rechtsgebied is misschien wel de verstrekende regeling van de ‘financiële zekerheidsovereenkomst tot vestiging van een pandrecht’ (art. 7:51 sub c): de ‘pandhouder’ krijgt zowel beschikkingsbevoegdheid (art. 7:53) – in de richtlijn zelf en in de parlementaire stukken spreekt men nota bene van een ‘gebruiksrecht’ – als toe-eigeningsbevoegdheid (art. 7:54). Alleen al door de introductie van dat ‘pandrecht met gebruiksrecht’ staat het wetsvoorstel voor het rechtsgebied der financiële zekerheidsovereenkomsten haaks op ons stelsel van goederenrechtelijke (zekerheids)rechten. Die inbreuk kunnen wij niet geheel vermijden. Wat wij wel kunnen vermijden is het wekken van de suggestie, zoals gedaan is van regeringszijde, dat de regeling van het wetsvoorstel in het algemeen goed zou gedijen ‘in het stelsel van het Nederlands vermogensrecht’⁴¹ en dat ‘het voor het pandrecht met gebruiksrecht voorgestelde stelsel eveneens goed in het systeem van het BW’ zou passen.⁴² Het argument dat de regering geeft – het ‘pandrecht met gebruiksrecht’ zou mooi passen tussen de werkelijke overdracht en de verpanding zonder ‘gebruiksrecht’ – strookt niet met de aan ons stelsel ten grondslag liggende gedachte dat er geen plaats is voor hybride vormen van eigendom en toebehoren. Nu het wetsvoorstel aldus twee min of meer nieuwe, zeer ingrijpende goederenrechtelijke rechten introduceert, is het bovendien onbegrijpelijk dat boek 3 BW hieromtrent geen enkele voorziening

41 Nadere MvA I, p. 21.

42 p. 22 t.a.p.

zal bevatten en dat met name geen poging gedaan wordt om die min of meer nieuwe figuren in ons geldende wetboek op in aanmerking komende plaatsen in titel 3.4 resp. 3.9 in te bedden. Het valt te hopen dat de wetgever bij soortgelijke implementatieproblemen in de toekomst royaal de niet-verenigbaarheid met het bestaande nationale recht onderkent en op de systematisch meest voor de hand liggende plaats het BW voorziet van uitzonderingsbepalingen, dit met gebruikmaking van onze BW-terminologie. Hij zou ook de regeling van de financiële zekerheidsovereenkomsten bij gelegenheid 'BW-fähig' kunnen maken.

Een wel heel onnodig voorbeeld van rechtsoneenheid naar onderwerp vormt de regeling van de overeenkomsten op afstand in afdeling 9A van titel 7.1, die uitsluitend op koop ziet, terwijl de overeenkomsten op afstand volgens art. 7:46a BW zowel op koop als op dienstverlening ziet. Waarom niet de koop op afstand in titel 7.1 behandelen en die inzake dienstverlening op afstand in titel 7.7, die over de opdracht gaat, waarbij voorzover mogelijk verwezen zou kunnen worden naar de regeling in afdeling 7.1.9A? De huidige systematiek van de regeling suggereert, gezien haar plaatsing, dat zij niet van toepassing zou zijn op dienstverleningscontracten en suggereert aldus een tweedeling van de overeenkomsten op afstand, die duidelijk niet beoogd wordt. Dat laatste moet de gebruiker van het BW dan maar uit zichzelf begrijpen. Gaat de wetgever zo voort dan ontstaat een voor de gebruiker onwerkbare situatie. Hij zal zich bij wijze van de routine de vraag moeten gaan stellen of een onderwerp waarvoor hij de toepasselijke regels zoekt, niet onder een andere vlag is geregeld dan degene waaronder het ressorteert.

De receptuur ter bestrijding van de rechtsoneenheid naar rechtsgebied verschilt naar gelang de oorzaak. Beginnend met de laatste oorzaak – die van de noodzaak van inpassing van een EU-richtlijn – zijn er weer de vier facetten die de aandacht vragen: begrippen, normen, beginselen en systeem.

Op het niveau van de begrippen laat zich als uitgangspunt formuleren dat implementatiewetgeving voor het BW de begrippen dient te hanteren van ons BW zelf in de betekenis die ons BW daaraan geeft dan wel voor ons BW nieuwe begrippen hoort te gebruiken. In het ergste geval kan men nog kiezen voor de aanduiding dat in een bepaalde regeling beoogd wordt het begrip X als bedoeld in richtlijn Y. Veelal zal men dan die nadere omlijning beter kunnen geven door een omschrijving van de betrokken elementen van de richtlijn. Zie in dat verband de bijdrage van Hebly. Het is hoogst ongelukkig gelet op de geschetste nadelen van rechtsoneenheid naar rechtsgebied, als exact dezelfde begrippen in ons BW verschillende betekenissen hebben en men dient dit daarom te vermijden. Anders en naar mijn mening dus geheel onnodig de minister bij zijn verdediging van het oorspronkelijk wetsvoorstel voor financiële zekerheidsovereenkomsten.⁴³ Coherentie is hier zeer aanbevolen. Zo kan men in plaats van een kunstmatige referte aan de overdracht van geld spreken van een overschrijving van geld, zo kan men beter stellen dat de

43 Hand. I, EK 2004/05, 28 874, 17-760.

betrokken overdracht wel degelijk een overdracht tot zekerheid is in de zin van art. 3:84 lid 4 BW, maar dat deze bij wijze van uitzondering toelaatbaar wordt geacht. Het is vervolgens natuurlijk wel de vraag of men er goed aan blijft doen de ene na de andere uitzondering op het verbod van de fiduciaire overdracht te erkennen dan wel deze beter generaal kan gaan accepteren, dit met een uitvoerige regeling van de (publiciteits)eisen en rechtsgevolgen. Het is zoals met zoveel verschijnselen: als men het niet onderkent maar min of meer doodzwijgt, kan men het ook niet controleren.

Op het niveau van de rechtsnormen en -beginselen zal de wetgever consistent en waarachtig moeten zijn. Zo is het niet goed om te stellen dat de betrokken richtlijn 'slechts een bijzondere overeenkomst regelt', zoals de Minister bij herhaling heeft gedaan.⁴⁴ Zo is het bijvoorbeeld ook beter om een pandrecht met gebruiksrecht te regelen als uitzondering op de bestaande regels dan om te suggereren, zoals in casu als gezegd gebeurd is, dat het om een figuur gaat, die al genormeerd is. De legitimatie voor de uitzondering levert de EU-norm zelf op, met dien verstande dat de EU-norm aanleiding kan vormen om niet door het EU-recht bestreken nationaal recht in de geest van dat EU-recht te regelen. Zo zou het kunnen zijn dat men besluit tot een stelselwijziging waardoor een pandrecht met gebruiksrecht over de hele linie toelaatbaar wordt, daargelaten hoe men dat recht dan precies noemt.

De receptuur ter bestrijding van rechtsoneenheid in systematiek ligt voor de hand: men behoude de systematiek van het BW. Zoals zojuist geïllustreerd wordt, is dat nu ook weer niet zo moeilijk.

Verschillen tussen rechtgebieden binnen het nationale recht laten zich niet alleen door de wetgever maar ook door de rechtspraak aanpakken. Bij de rechtspraak zien wij op dit punt wel een aantal problemen. In de eerste plaats is de Hoge Raad nog steeds niet de enige hoogste rechter in Nederland en zal hij dat (gelet op de ijskaststatus van het rapport van de Staatscommissie Herziening Rechterlijke organisatie in dit opzicht) ook niet snel worden. In de tweede plaats kent ons land geen 'chambre plenaire' waarin de onderscheiden kamers van de Hoge Raad gezamenlijk rechtsgebied overschrijdende rechtsvragen oplossen. Tegelijkertijd zien wij wel dat hoogste rechters in Nederland op informele basis hun uitspraken enigszins op elkaar afstemmen, zoals de Hoge Raad en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Ook zien wij afstemming van uitspraken van de kamers van de Hoge Raad onderling bijvoorbeeld op het terrein van het procesrecht (te denken valt met name aan de rechtspraak over het verschoningsrecht) en het goederenrecht, waarover de bijdrage van Memelink.

44 Zie laatstelijk t.a.p., 17-759.

7 RECHTSEENHEID NAAR PERSONEN

Rechtsoneenheid kan ten slotte ook ontstaan doordat het recht verschilt naar gelang de personen waarvoor het geldt. Verschillen kunnen er zijn op grond van religie of etnische achtergrond, zoals in menig Aziatisch land. Verschillen kunnen er ook zijn tussen de respectieve handelsbranches en beroepsgroeperingen in en buiten ons land, die dikwijls op basis van zelfregulering door algemene voorwaarden en reglementen opereren. Verschillen kunnen voorts bestaan – en daar beperk ik mij toe – op grond van andere kwalificaties zoals bijvoorbeeld de hoedanigheid van consument, kleine onderneming, structuurvennootschap, tuinder of financiële instelling.

Het maken van onderscheid tussen soorten personen, dat zich laat beschouwen als een onderkenning van ongelijkheid en het daarom ongelijk behandelen van ongelijke gevallen, is zo oud als de wereld. Reeds Aristoteles meende dat bij schaarste van fluiten, de beste fluit moest toekomen aan de beste fluitspeler en met name niet aan de vermogendste of aanzienlijkste beoefenaar van het fluitspel.⁴⁵ Ook hier geldt dat differentiatie om legitimatie vraagt, omdat anders ongelijkheid in subjectieve rechten ontstaat. Ook hier geldt, althans bij veelvuldige of grootschalige verschillen van recht naar personen, dat de rechtszekerheid, de kenbaarheid en de hanteerbaarheid van het recht in gevaar komen. Enkele beschouwingen over dit soort rechtsoneenheid mogen dus niet ontbreken. Wel blijven deze kort, nu de rechtseenheid naar personen sterk verwant is aan die van de rechtsoneenheid naar rechtsgebied. Het is niet voor niets dat men bijvoorbeeld spreekt van het rechtsgebied consumentenrecht, ook al gaat het hier primair niet om recht voor een bepaald onderwerp maar om recht voor bepaalde personen.

Eenvoudige, kleinschalige verschillen in recht naar gelang de personen waarvoor het geldt, lijken niet zo problematisch als deze althans gelegitimeerd kunnen worden. Men neme een simpele publiekrechtelijke voorziening als die van de Regeling vrijstelling van de heffingen Meststoffenwet voor kleine bedrijven, tuinbouwbedrijven en tuincentra,⁴⁶ die in artikel 2 (inderdaad) bedrijven van meststoffenheffing vrijstelt

‘die in het betreffende kalenderjaar voldoen aan elk van de volgende voorwaarden:

- a. de gemiddelde veebezetting is niet groter dan drie grootvee-eenheden;
- b. de gemiddeld tot het bedrijf behorende oppervlakte landbouwgrond is niet groter dan drie hectare;
- c. er worden geen dierlijke en overige organische meststoffen aangevoerd.’

Heel anders wordt het als voor een bepaalde groep van personen in substantieel afwijkend recht wordt voorzien. Dit is het geval bij het in nr. 6 behandelde

45 Aristoteles, *The Politics*, Cambridge: Cambridge University Press 1988, p. 68 e.v.

46 12 januari 1999, *Stcrt.* 1999, 9.

(oorspronkelijke en thans voorliggende) wetsvoorstel tot implementatie van de Richtlijn betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten. Het thans voorliggende wetsvoorstel beschrijft in het beoogde nieuwe art. 7:52 BW het toepassingsgebied naar gelang van de aard van de betrokken personen als volgt:

Artikel 52

1. Deze titel is van toepassing op financiëlezekerheidsovereenkomsten waarbij ten minste een van de partijen is:

a. een overheidsinstantie, met inbegrip van:

– instellingen behorend tot de overheidssector van de lidstaten van de Europese Unie die belast zijn met of een rol spelen bij het beheer van de overheidsschuld en;

– instellingen behorend tot de overheidssector van de lidstaten van de Europese Unie die zijn gemachtigd om voor klanten rekeningen aan te houden.

b. een centrale bank, de Europese Centrale Bank, de Bank voor Internationale Betalingen, een multilaterale ontwikkelingsbank, het Internationaal Monetair Fonds en de Europese Investeringsbank.

c. een financiële instelling onder financieel toezicht, met inbegrip van:

– een kredietinstelling als bedoeld in artikel 1, eerste lid, onderdeel a, van de Wet toezicht kredietwezen 1992;

– een financiële instelling als bedoeld in artikel 1, eerste lid, onderdeel c, van de Wet toezicht kredietwezen 1992;

– een effecteninstelling als bedoeld in artikel 1, onderdeel d, van de Wet toezicht effectenverkeer 1995;

– een verzekeraar als bedoeld in artikel 1, onderdeel h, van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993;

– een beleggingsinstelling als bedoeld in artikel 1, onderdeel c, van de Wet toezicht beleggingsinstellingen;

– een beheerder als bedoeld in artikel 1, onderdeel e, van de Wet toezicht beleggingsinstellingen.

d. een centrale tegenpartij, een afwikkelende instantie of een verrekeningsinstituut als bedoeld in artikel 212a, onderdeel c, d en e, van de Faillissementswet, inclusief onder het nationale recht van de lidstaten van de Europese Unie vallende gereguleerde instellingen die actief zijn op de markten voor rechten op overdracht op termijn van goederen, opties en derivaten, en een andere dan een natuurlijke persoon die optreedt als trustee of in een vertegenwoordigende hoedanigheid namens een of meer personen waaronder enigerlei obligatiehouders of houders van andere schuldinstrumenten of enige instelling als omschreven in onderdeel a, b, c of dit onderdeel.

2. Deze titel is niet van toepassing indien een van de partijen bij een financiëlezekerheidsovereenkomst een natuurlijke persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.

Het oorspronkelijk wetsvoorstel had een veel ruimere actieradius en kende alleen de uitsluiting als zojuist geciteerd in het thans voorgestelde tweede lid

van art. 7:52. Het thans voorgestelde eerste lid beoogt de door de Eerste Kamer opgeworpen hete angel uit het wetsvoorstel weg te nemen. Wat er inhoudelijk van deze beperking zij,⁴⁷ duidelijk is dat de nieuwe regeling enorm gedetailleerd differentieert. Dat maakt het recht er in ieder geval niet hanteerbaarder op. Gemakshalve veronderstellende dat een dergelijke omschrijving van – grofweg – gecontroleerde financiële instellingen – de omschrijving in het eerste lid sub d slikken wij dan maar even manmoedig weg – op zichzelf door de beugel kan, blijft nog een levensgroot probleem staan. Zoals sub 6 bleek, voorziet deze regeling in een op tal van fronten sterk afwijkend goederenrecht, dat gekenmerkt wordt door speciale concepten en bepalingen voor onder meer overdracht en pand. Zou men de ongelijkheid nog kunnen rechtvaardigen door de Europese Unie hier als Aristoteles op te voeren, de rechtszekerheid, kenbaarheid en hanteerbaarheid van het recht komen bij dit soort recht wel enorm op de tocht te staan. Men kan tegenwerpen dat het hier toch gaat om recht voor een beperkte groep spelers op de markt, die goed uit de voeten zullen kunnen met de regeling, maar waar leiden dit soort operaties toe als per sector steeds meer afwijkend recht komt, niet alleen qua rechtsnormen en -beginselen maar ook qua begrippen en systematiek, zoals sub 6 werd geïllustreerd?

Een wel heel veelzeggend voorbeeld van dit soort rechtsoneenheid biedt Huijgen in deze bundel. In navolging van Van Velten onderscheidt hij naar huidig BW maar liefst zes soorten kopers. Verhogen onderscheidingen van dit type inderdaad het rechtvaardigheidsgehalte van het recht of leidt toepassing van een dergelijke fijnmazige 'suum-cuique'-benadering uiteindelijk tot anarchie en onrecht?

Al met al noopt deze problematiek ertoe nog eens de juistheid van het in nr. 1 ingenomen uitgangspunt te bevestigen dat voor overeenkomsten tussen ondernemingen en rechtspersonen enerzijds en consumenten anderzijds (kortweg wel aangeduid als 'B(usiness) to C(onsumer)-transacties') in beginsel hetzelfde vermogensrecht geldt als tussen ondernemingen ('B2B') of tussen consumenten ('C2C') onderling. Ik refereer voor het overige hier aan mijn kanttekeningen in nr. 1 bij het werk van Van Boom. Afwijkend consumentenvermogensrecht vraagt niet slechts om een rechtvaardiging – die laat zich in het algemeen naar huidige rechtsopvattingen gemakkelijk geven – maar ook om een goede systematiek. Uit systematisch oogpunt zou het niet goed zijn het consumentenrecht in een afzonderlijk wetboek onder te brengen, zoals het ook niet goed zou zijn een afzonderlijk wetboek voor burgerlijk recht of meer in het bijzonder vermogensrecht te ontwerpen voor het rechtsverkeer tussen structuurvennootschappen of voor het rechtsverkeer met de overheid dan wel tussen overheden onderling. Inbedding in het bestaande wetboek op de inhoudelijk meest in aanmerking komende plaatsen dwingt de wetgever

47 Vgl. hiervoor het debat in de Eerste Kamer over het oorspronkelijk wetsvoorstel, Hand. I, EK 2004/05, 28 874, 17-749 e.v.

ertoe zijn afwijkingen te legitimeren en dat reeds is een voldoende reden om ons vermogensrecht bij elkaar te willen houden. Iets anders is dat op een bepaald detailleringsniveau wel aanleiding kan bestaan voor een tweedeling. Ik verwijs naar de bijdrage van Hijma, die pleit voor specifieke regels voor de consumentenkoop na de algemene regeling van de koop in titel 7.1.

In de zorg voor het bedienen van bepaalde personen verstrikt de wetgever zich trouwens ook nog wel eens en dat zal steeds meer voorkomen naar gelang er meer persoonsgebonden recht ontstaat. Illustratief is art. 3:310 lid 4 BW, dat het slachtoffer van schade door letsel of overlijden een gunstiger en tot op zekere hoogte kortere verjaringstermijn beoogt te bieden dan in het algemeen voor schadevergoedingsaanspraken is geregeld in art. 3:310 lid 1 BW. Deels biedt deze bepaling nu juist een ongunstiger termijn door deze anders dan lid 1 in te laten gaan niet alleen op het moment dat de benadeelde bekend is met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon maar ook op het moment dat hij daarmee redelijkerwijs bekend had kunnen zijn.⁴⁸ De wetgever heeft inmiddels zijn omissie ingezien, maar de hiertoe strekkende wetswijziging⁴⁹ is op de kopijdatum van deze bijdrage nog niet in werking getreden. Iets vergelijkbaars doet zich voor bij art. 7:22 lid 4 BW, waarover Hijma in deze bundel.

Voor de bestrijding van de rechtsoneenheid naar personen verwijs ik voor het overige m.m. naar nr. 6 hierboven.

8 CONCLUSIE

Rechtseenheid blijkt in tal van opzichten ver te zoeken. Rechtsoneenheid blijkt te bestaan in vele facetten en soorten. Rechtsoneenheid naar tijd is in het algemeen niet zorgwekkend, rechtsoneenheid van land tot land is vooralsnog en vermoedelijk tot in lengte van jaren tot op zekere hoogte onvermijdelijk en ook niet onaanvaardbaar. De rechtsoneenheid naar bron, die naar plaats binnen onze natie, naar rechtsgebied en die naar personen geven meer redenen tot zorg. Bestrijding ervan blijkt een analyse te vragen van de soort rechtseenheid die geschaad wordt en van de facetten van rechtseenheid (begrippen, normen, beginselen en systeem) die hierbij aan de orde zijn. Zo worden bestrijdingsmiddelen op maat gesneden en dat is hierboven ook gebeurd.

Transnationaal recht, zoals dat van de Europese Unie, heeft uit het oogpunt van het belang der rechtseenheid een positieve en een negatieve kant: het bevordert de rechtseenheid van natie tot natie, maar verstoort tegelijkertijd de eenheid binnen het nationale recht. In het bijzonder bij de implementatie van EU-richtlijnen worden brokken gemaakt, ook brokken die EU-rechtelijk

48 Ik werkte dit probleem o.m. uit in 'Nova en monstra op het gebied van de bevrijdende verjaring', *NTBR* 2004, p. 1.

49 Wet van 23 juni 2005, *Stb.* 340.

bezien onnodig zijn, nu die implementatie in de regel best begrips- en systeem-coherent kan geschieden. Aldus zou men met implementatie van EU-richtlijnen geen paard van Troje hoeven binnen te halen, zoals sommigen vrezen.⁵⁰ Niet alleen de wetgever maar ook de doctrine zou zich de wijze van implementatie van Europees recht meer dienen aan te trekken.

Al met al is er veel werk aan de winkel. Dat werk moet ook hoognodig verricht worden. De suggestie dat eenheid van recht geen doel op zichzelf is, maar (slechts) een hulpmiddel bij de verwezenlijking van beter recht,⁵¹ mag ons niet in slaap sussen. Deze stelling geldt slechts voor een deel der facetten en soorten van rechtseenheid, zo leert bovenstaande analyse. Met name geldt dat een ieder die gelijke gevallen ongelijk behandelt of ongelijke gevallen in andere zin verschillend behandelt dan de ongelijkheid van die gevallen rechtvaardigt, onrecht doet. *Ius in causa positum* vormt slechts een korte-termijnsucces en getuigt bovendien van een tunnelvisie. Wij kunnen wel met Leijten zeggen 'we need stories', maar die 'stories' moeten wij dan wel recht doen met recht doen.

50 Vgl. Van Boom, a.w., p. 300.

51 A.S. Hartkamp, 'Het nieuwe Burgerlijk Wetboek en de eenheid van het privaatrecht', *NJB* 1983, p. 1069 e.v., i.h.b. p. 1075, instemmend geciteerd door Van Boom, a.w., p. 298.